

Um Singelo Esboço da Teoria Geral dos Atos de Comunicação no Processo Penal

Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo
Professor de Direito Penal e Processo Penal da UCSal – Universidade Católica do Salvador; de Direito Penal da FABAC – Faculdade Baiana de Ciências; de Direito Processual Penal da Escola Superior do Ministério Público da Bahia; de Direito Processual Penal da Escola dos Magistrados da Bahia; de Processo Penal do Modus Faciendi – Centro Preparatório para Carreira Jurídica.

1. DA INTIMAÇÃO E NOTIFICAÇÃO – INTRODUÇÃO

Tanto a intimação como a notificação são atos de comunicação no processo penal. E isso, certamente, não representa para o leitor mais informado acerca do tema qualquer novidade. Pois bem. Sendo assim, para que possamos analisar, ainda que em linhas gerais, esses atos de comunicação, impõe-se de imediato o dever de entendê-los como tais, ou seja, de entendê-los como atos de uma comunicação que venha a ocorrer dentro do processo.

Nessa nossa breve introdução em torno da intimação e notificação, esclarecemos desde já ao leitor que não temos em mira os

atos de cientificação que venham a ser realizados antes de se poder afirmar categoricamente que existe processo. Vale dizer, temos em mente apenas os atos de comunicação ocorrentes dentro do processo, ou, dito de outra maneira, já tendo se constituído perfeitamente o processo.

Feita tal observação, pensamos que a intimação e a notificação, para que sejam entendidas como atos de comunicação, precisam obedecer ao que chamamos de núcleo essencial do ato de comunicação. Mas o que seria o núcleo essencial do ato de comunicação? A nosso ver, o núcleo essencial do ato de comunicação é o núcleo incomum que todo ato de comunicação deve possuir. Esse núcleo é constituído pelos seguintes elementos: a) emissor; b) receptor; c) informação; e d) instrumento utilizado para comunicação.

O emissor é sempre, a nosso ver, o Estado-Juiz. O receptor é o réu, o autor, a testemunha, o perito, o intérprete e qualquer outra pessoa que interesse ao processo. A informação é o conteúdo que se quer comunicar por meio da notificação ou da intimação. Tal informação pode ser alusiva a fato pretérito ou a fato futuro do processo. O instrumento utilizado para comunicação pode ser o correio, o mandado a ser cumprido pelo Oficial de Justiça, o telefone, o fax, o e-mail¹, o edital ou qualquer outro meio hábil.

Ante o exposto, percebe-se que, assim como qualquer ato de comunicação, a intimação, a notificação e a citação devem obedecer imprescindivelmente a tais exigências.

1.2. Dos pressupostos e requisitos dos atos de comunicação

Tecidas essas considerações preliminares, cabe agora passarmos ao exame dos pressupostos e requisitos dos atos de comunicação. Diga-se, desde já, que tanto as observações feitas na abordagem introdutória como os esclarecimentos sobre os quais ora iremos discorrer dizem respeito a uma teoria dos atos de comunicação que poderemos, por assim chamar, de teoria geral da comunicação ou dos atos de comunicação. Dito de outra forma, os pilares que ora

¹AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. "Citação por e-mail no processo penal: proposta a ser pensada". Disponível na internet www.ibccrim.org.br, 14.06.2004

trazemos a público no que se refere à notificação e à intimação também são aplicáveis, naquilo que for conciliável, a citação. Portanto, não deve incorrer o operador e o estudioso do direito em tal falha, ou seja, não equívoco de imaginar que essas explicações guardam pertinência apenas com a intimação e com a notificação, sem se referir à citação. Enfatize-se, por uma vez mais, que tais noções são, por conseguinte, de índole genérica e abrangente.

Nesse momento, o leitor poderia estar se indagando: qual a distinção entre pressuposto e requisito? E a tal pergunta, acrescentaríamos duas outras mais: qual a distinção entre pressuposto, requisito e condição? Tomado em consideração o ato de comunicação, quais são os requisitos e os pressupostos deste? Passemos, então, a um esboço de resposta a cada uma dessas perguntas.

No que tange ao pressuposto, ao requisito e à condição, pensamos que a distinção entre tais elementos esteja no momento em que se observa o ato jurídico, isto é, encontre-se no momento de realização do ato jurídico. Se é certo que o ato de comunicação é um ato processual, força é convir que todo ato processual é um ato jurídico e, como tal, submete-se, dadas as devidas proporções, à teoria geral dos atos jurídicos. Sendo assim, pensamos que pressupostos são todos os elementos que devam existir previamente (no pretérito) à realização do ato processual (ato jurídico).

Por outro lado, os requisitos são todos os elementos que devam estar presentes (no momento presente) no instante em que o ato processual está sendo consumado. Por sua vez, a condição, como já antecipa o Código Civil (CC, artigo 121 – “Considera-se condição... evento *futuro* e incerto”) é toda circunstância que possa vir a ocorrer no futuro. Nesse passo, convém assinalar que o direito civil nos ensina que pode haver duas espécies de condição, quais sejam, a resolutiva e a suspensiva.

Desta forma, portanto, nota-se que o ato jurídico pode ser analisado em três momentos distintos: pretérito, presente e futuro. Vale dizer, o ato jurídico deve ser percebido no seu antes, no seu durante e no seu depois. Logo, se isso se observa quanto ele, o mesmo deve ocorrer quanto ao ato processual, como ato jurídico que é.

Cientes de que tal proposta de distinção de tais expressões pode merecer diversas críticas da doutrina, advertimos ao leitor que a

distinção que ora estabelecemos, como todo argumento jurídico, tem um cunho subjetivo e valorativo e que, por isso, não pode ser tomado de forma inquestionável. Dessa maneira, toda crítica é produtiva e encontra, a nosso ver, papel relevante na produção do conhecimento valorativo - hermenêutico jurídico.

Respondidas duas primeiras indagações, cabe a nós agora enfrentar a última: tomado em consideração o ato de comunicação, quais são os requisitos e os pressupostos deste?

A nosso ver, os pressupostos do ato de comunicação (citação, intimação e notificação) são: a) a previsão legal do ato de comunicação; b) a relação jurídica processual perfeitamente constituída. De outro lado, os requisitos são: a) o Estado-Juiz (emissor da mensagem); b) o receptor (réu, autor, perito, testemunha etc.) da mensagem; c) o conteúdo da mensagem, ou seja, o ato processual que foi realizado ou que será realizado; e d) o instrumento processual utilizado para fazer a comunicação, isto é, se foi carta precatória, ou carta rogatória, ou AR, ou e-mail etc.

Mas, ao final de tais explicações, poderia restar ainda a seguinte dúvida: qual a finalidade do ato de comunicação? E mais que isso, qual o fundamento do ato de comunicação?

1.3. Das finalidades e fundamentos dos atos de comunicação

A finalidade do ato de comunicação é transmitir uma mensagem com sucesso. Em outras palavras, o escopo de qualquer ato de comunicação é dar publicidade de um evento que aconteceu ou que está por acontecer a uma determinada pessoa que faça parte (entendido no seu sentido amplo) do processo. Isto é, a finalidade direta do ato de comunicação é a publicidade interna do processo. Mas essa seria apenas uma finalidade imediata. Uma outra finalidade do mesmo ato é a que podemos denominar de mediata ou indireta. Nesse sentido, o ato de comunicação tem por objetivo deixar registrado e certificado, dentro dos autos do processo, que tal mensagem foi transmitida, de maneira efetiva ou fictícia, ao destinatário previsto em lei. Ou seja, a finalidade indireta do ato de comunicação é dar conhecimento às demais pessoas estranhas à relação processual da mensagem que se quis comunicar. Nesse sentido, o ato de comunicação é também uma prestação de contas à sociedade, o

que, na verdade, todo processo é, na medida em que serve aos ditames da Democracia. Por isso, a finalidade indireta do ato de comunicação é a publicidade externa do processo.

Quanto aos fundamentos dos atos de comunicação, pensamos que estes sejam os seguintes: a) o princípio da publicidade; b) o princípio da ampla defesa; c) o princípio do devido processo legal; d) o princípio do contraditório; e) o princípio da motivação das decisões; f) o princípio democrático² de direito.

Como se tratam de princípios largamente estudados na doutrina³, já de há muito, julgamos ser desnecessário o estudo casuístico de cada um deles.

1.4. Da distinção entre a intimação e a notificação

À intimação, o Código de Processo Penal dispensou, de maneira mais específica, os artigos 370, 371 e 372. Estes artigos encontram-se inseridos no Capítulo II do Título X do Livro I. Contudo, essas são apenas as regras mais específicas, pois, como se verá a seguir, dispositivos outros existem e também são aplicados à matéria.

Deixada temporariamente de lado essa questão, convém perguntar, desde logo, por que no Capítulo II do Título X do Livro I o *codex* disciplinou apenas as intimações, nada mencionando acerca das notificações? Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho⁴, essa distinção não foi feita por não ter o legislador imaginado qualquer interesse prático na diferenciação entre intimação e notificação, vez que a distinção que é feita é apenas de cunho doutrinário, sem nenhum reflexo na prática.

De acordo com Basileu Garcia, citado por Fernando da Costa Tourinho Filho⁵, no sistema do vigente código processual penal são sinônimas as palavras “intimação” e “notificação”. E, na verdade, examinando-se o estatuto, infere-se que o legislador não se deteve

²FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: RT, 2002, p.74-75.

³NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 30-40; 127-148; 165-166; e 172-177.

⁴Ob. Cit., p. 212.

⁵Ob. Cit., p. 212.

em impor qualquer diferença entre ambas, utilizando-as indistintamente, às vezes até em sentido inadequado ou inapropriado, porém sempre a apontar sua *causa finalis*, ou seja, o escopo de ambas: cientificar, dar ciência a alguém. A propósito, atente-se para os casos a seguir: no artigo 429 fala-se em *intimação dos jurados*, quando o certo seria *notificação dos jurados*; o artigo 367 fala em revelia do réu *intimado para qualquer ato do processo*, quando deveria ter dito *do réu notificado para qualquer ato do processo*; o artigo 218 fala em *testemunha intimada* em lugar de *testemunha notificada*; o parágrafo segundo do artigo 271 fala em *intimação do assistente* em lugar de *notificação do assistente*.

Entrementes, mesmo não tendo o legislador ordinário manifestado interesse em diferenciar um instituto do outro, há distinção doutrinariamente. Notificação, do latim, *notus ficare*, é, conforme Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda⁶, o instrumento judicial de se cientificar uma determinada pessoa de que, se não fizer, ou se fizer certo ato, ou certos atos, estará submetida à cominação. Por sua vez, a intimação é o meio através do qual se dá conhecimento de ato já praticado.

Tratando ainda do tema, escreve Gabriel de Rezende Filho: “notificação é o conhecimento que se dá a alguém, para praticar ou deixar de praticar algum ato, sob certa cominação. Intimação é o modo de levar algum ato do processo ao conhecimento das partes ou de terceiros”⁷.

José Frederico Marques⁸, com esquete em Câmara Leal e Pontes de Miranda, assevera que a notificação se projeta no futuro, visto que leva ao conhecimento do sujeito processual, ou de outra pessoa que intervenha no processo, o pronunciamento jurisdicional determinando um *facere* ou *non facere*. A intimação, ao contrário, vincula-se a atos passados. E esclarece: *intima-se* o advogado de uma das partes sobre um determinado despacho e *notifica-se* a par-

⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 322.

⁷ REZENDE FILHO, Gabriel de. *Curso de Direito Processual Civil*, volume II, p. 82.

⁸ FREDERICO MARQUES, José. *Instituições de Processo Civil*, volume II, p. 489-90.

te para comparecer, a fim de prestar depoimento pessoal sob pena de confissão.

Nos ensinamentos em torno do processo penal brasileiro, encontram-se, na sua maior parte, as mesmas definições. Nesse sentido também é o entendimento sufragado por Basileu Garcia⁹, o qual afirma que a notificação diz respeito a uma determinação da autoridade para a prática ou abstenção de um ato. De outro lado, a intimação consiste na comunicação de um ato já realizado, uma decisão ou sentença. Aliás, esse é também o ensinamento de Galdino Siqueira¹⁰ e Eduardo Espínola Filho¹¹.

A intimação é, portanto, comunicação que se dá a alguém de um ato já realizado, já consumado, seja uma decisão interlocutória, seja uma decisão definitiva, ou, como leciona Pontes de Miranda, é a cientificação do ato praticado. Assim, intima-se o réu de uma sentença (destaque-se que o réu está sendo comunicado de um ato consumado, ou seja, a sentença).

A notificação, por seu turno, é a comunicação que se faz a uma pessoa (autor, réu, testemunhas, *expert* etc.) de uma decisão ou despacho que determina uma ação ou uma omissão, sob pena de sanção. Desta forma, a testemunha é notificada, porque se lhe dá ciência de um ato judicial, com o fito de se fazer presente no fórum no momento designado, sob as penas previstas em lei. Em caso de não comparecimento, estará ela submetida àquelas sanções a que aludem os artigos 218 e 219 do CPP.

Entrementes, Guilherme de Souza Nucci defende posicionamento completamente distinto:

“Não vemos diferença alguma entre os termos intimação e notificação, por vezes usados na lei processual penal. Aliás, se fôssemos adotar uma posição que os distinguísse, terminaríamos contrapondo normas do próprio Código de Processo Pe-

⁹ GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Volume III, p. 373.

¹⁰ SIQUEIRA, Galdino. *Curso de processo criminal*, 2ª edição. 1930, p.122.

¹¹ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960, p. 578.

nal, que não respeitou um padrão único. Há quem aprecie dizer ser a intimação apenas a ciência de algo e a notificação a convocação a fazer algo, mas nota-se, em várias passagens, que o Código usa, indiscriminadamente, os termos. Logo, cremos correto unificá-los, considerando-os sinônimos”¹².

Por fim, acerca da distinção ou não entre a intimação e a notificação, registramos que o Código de Processo Civil, desde a reforma em 1994¹³, não faz mais qualquer distinção entre tais expressões. Pensamos que a tendência é que, no futuro, tal distinção deixe de existir, pois além de trazer confusões e equívocos acerca do uso correto das expressões, é inegável que tal distinção é mais cultivada pela doutrina do que pelo Código de Processo Penal e pela jurisprudência, o que já revela, a um só tempo, um apego desmedido a questão meramente formal (em afronta ao princípio da instrumentalidade) e a uma circunstância tão-somente acadêmica.

2. QUAL O DESTINATÁRIO DO ATO DE NOTIFICAÇÃO E/OU A INTIMAÇÃO?

A esse respeito é, de imediato, de se indagar: a notificação só, de destina às testemunhas e aos réus?

A resposta a tal pergunta é: não. Em todas as oportunidades em que a autoridade determinar seja alguém comunicado de que deve fazer ou deixar de fazer algo, resultando a desobediência na cominação de uma sanção, então se pode falar, de maneira técnica, em notificação.

Releva notar que está excluído dessa conceituação o chamamento inicial, que se faz por meio de citação. Dessa maneira, notificam-se as testemunhas para que venham depor...Caso as *testemunhas* não atendam à convocação, sujeitar-se-ão às sanções estabelecidas nos artigos 218 e 219 do CPP. Notifica-se o *réu* para presenciar a oitiva das testemunhas. E se desatender ao comunicado? Nesse caso, o processo continuará à sua revelia, de acordo com

¹²NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo e Execução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 593.

¹³ Reforma produzida pela Lei nº.8.952 de 13 de dezembro de 1994.

o artigo 367 do CPP. Notifica-se o *expert* a estar presente diante da autoridade ou em lugar determinado. A violação submetê-lo-á à cominação prevista no parágrafo único do artigo 277. Igual atitude será adotada contra o *intérprete*, quando notificado, por força do que pontifica o artigo 281 do *codex*. A *vítima* é notificada para se fazer presente diante da autoridade para dar declaração, uma vez que sua inobservância redundará na adoção do que dispõe o parágrafo único do artigo 201. Os *jurados* são notificados a comparecer à sessão do Tribunal do Júri. Na hipótese de desatendimento, a eles serão aplicadas as sanções inscritas no artigo 443. Qualquer que seja o ato do processo, deverá ser o *assistente de acusação* notificado, posto que sua desobediência provocará a cominação imposta no parágrafo segundo do artigo 271. Notificado ainda deverá ser o *querelante*, quando disser respeito a ato processual a que deva comparecer, vez que a sua ausência resultará em perempção, de acordo com o inciso III do artigo 60. Note-se que o *membro do Ministério Público* e o *Defensor* são também notificados, visto que sua inobservância pode levar o Magistrado, na primeira situação, a prestar tal notícia ao Procurador Geral de Justiça e, na segunda, a cominar a regra disposta no artigo 265 do *codex*.

Convém assinalar, por conseguinte, que o único sujeito processual a quem a notificação não se dirige é o juiz, posto que este é sempre o emissor da mensagem (do comando) a ser comunicada, não podendo, portanto, ser jamais o seu receptor. Contudo, quando fazemos tal assertiva estamos tendo em mente uma relação jurídica simples dialética, vez que se ao lado desta relação surge uma nova relação, tornando-se uma relação complexa, como, por exemplo, na exceção de suspeição, o juiz também poderá ser destinatário de uma notificação. ☞